

Democratizar e socializar o Estado

Antônio Carlos Flores de Moraes¹

Resumo

A cultura democrática é muito recente e jovem entre nós, razão pela qual se torna sempre muito difícil se consolidarem políticas públicas devotadas para a população em geral. O que mais dificulta no processo de modernização do Estado brasileiro é o fato de ter uma formação patrimonialista, uma tradicional nomeação clientelista do funcionalismo e a opção pela burocratização em detrimento do Estado gerencial. Estudos de Amartya Sen demonstram que há uma ligação direta entre a democracia e o desenvolvimento, o que por si só comprova a necessidade dos atos governamentais serem transparentes, entendendo-se como tal a capacidade do gestor justificar a motivação de sua decisão, bem como indicar quais são os resultados desejados por sua administração. Fica também claro que a desigualdade social encontrada em países como o Brasil torna impossível, ou pelo menos muito difícil que a administração pública atenda ao interesse geral e, em especial, à política, entendida esta como um meio para se atingirem fins mais elevados. Além do mais, as políticas de reforma no Brasil tendem a ser descontinuadas, modificadas, terminadas ou abandonadas. Deve-se observar com vigor que existe uma relação direta entre o bom governo e a boa administração com o princípio da moralidade administrativa.

Summary

Democratic culture is very recent and young among us, which is why it becomes very difficult to ever get established public policies devoted to the general population. The more difficult the process of modernization of the Brazilian State is the fact that training patrimonial, clientelistic a traditional naming of functionalism and the option for bureaucracy over the managerial state. *Amartya Sen* studies show that there is a direct link between democracy and development, which in itself proves the necessity of government actions are transparent, understanding as such the ability of the Manager to justify the motivation of his decision, and indicate which are the desired outcomes by management. It is also clear that social inequality found in countries such as Brazil becomes impossible, or at least very difficult that management meets the public interest and, in particular, to politics, understood as a means to achieve higher purposes. Moreover, reform policies in Brazil tend to be discontinued, modified, terminated or abandoned. It should be noted forcefully that there is a direct relationship between good governance and good administration with the principle of administrative morality.

Introdução

Devemos todos nós concordar, independente da corrente filosófica a que pertencemos, é que entre nós, latino-americanos, ao contrário da Europa, a cultura democrática é muito recente e jovem, razão pela qual se torna sempre muito difícil se consolidarem políticas públicas devotadas para a população em geral.

Além disso, até passado recente, não foram “admitidos quaisquer mecanismos de participação popular no poder e as distâncias sociais entre homens livres e escravos eram análogas às que medeiam entre homens e animais, sendo enorme,

¹ Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio; Doutor em Direito na Universidade de Salamanca, Espanha; Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

também, a dissimetria de relações entre ricos e pobres. Operando sobre esse mundo despótico e escravagista, latifundiário e monocultural, as forças transformadoras da Revolução Industrial encontravam resistências muito maiores à implantação de uma economia moderna e a uma reordenação social que assegurasse oportunidades de participação popular nos benefícios do progresso”.²

Esta vedação da participação popular é, sem dúvida, o principal motivo para que a pesquisa, da qual *José Murilo do Carvalho* participou, ter mostrado que “os brasileiros não têm grande conscientização de seus direitos civis e políticos, mas conhecem bem seus direitos sociais, que é exatamente aquilo que o Estado abastece: saúde, educação, etc. É diferente dessa outra tradição, em que o Estado é produto da ação dos indivíduos nos que há concebe de um pacto entre o cidadão que paga impostos e o Estado que devolve serviços. Essa nossa tradição dificulta a criação de uma ética no serviço público”.³

Sem dúvida, o que mais dificulta no processo de modernização do Estado brasileiro é o fato de ter:

1. *Formação patrimonialista;*
2. *Nomeação clientelista do funcionalismo;*
3. *Opção pela burocratização em detrimento ao Estado gerencial.*

Com essa formação e enfrentar os desafios do século XXI para se achar o caminho melhor se deve governar o Estado, é necessário que encaremos a realidade de frente, não procurando subterfúgios, porque muitas vezes “la vista no nos alcanza y en ocasiones porque pura y sencillamente nos negamos a aceptar lo que estamos viendo, como le sucedía Don Quijote. Hay personas que sólo son capaces de ver bondades (o maldades) y si no existen, se las inventan; mas no con intención de mentir. Sencillamente se están engañando a sí mismas; y hasta tal punto luchando contra los gigantes que les amenazan con aspas de molino o desafían a quienes no reconocen y proclaman la noble belleza de Dulcinea”.⁴

Baseado nesse princípio da realidade não basta ler o texto de sua Constituição ou das principais leis administrativas, para que se chegue à conclusão sobre as medidas a serem adotadas para democratizar e socializar o nosso Estado. Torna-se indispensável fazer uma pesquisa sobre as nossas sociedade e economia. Uma questão reflete na outra, ou seja, a formação patrimonialista da sociedade brasileira impediu que houvesse um avanço na democracia política e no capitalismo liberal, graças às amarras existentes entre as classes dirigentes e o governo.

A cooptação política de todos os conflitos sociais, iniciada especialmente com a Revolução de 1930, retirou dos trabalhadores um sindicato representativo e lutador, uma vez que foi transformado em uma verdadeira Pessoa Jurídica do Direito Público. Mesmo com a Constituição de 1988 suas características fascistas, copiadas do modelo do Mussolini, não foram retiradas, especialmente o Imposto Sindical Compulsório, metaforicamente chamado de Contribuição.

Essa estrutura arcaica e retrógrada, que tanto impediu o verdadeiro desenvolvimento nacional, foi pressionada pelos interesses globalizantes,

² IDEM, pp. 593-594.

³ CARVALHO, José Murilo de, entrevista citada (2009).

⁴ NIETO, ALEJANDRO, 2008, *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, 2008, p. 11.

cujos efeitos muitas vezes são positivos, forçando a modernização da estrutura governamental e da própria sociedade. Tal influência já ocorreu no século XIX contra a escravidão no Brasil, que levou o Império a decretar o fim do tráfico negro em 1850, sendo a Lei Áurea somente assinada 33 (trinta e três) anos depois.

Tem-se de observar também a importância das instituições no desenvolvimento nacional, cujo debate havia sido abandonado nos anos 80 do século XX, por ser considerado algo sem importância diante da crise de governabilidade do dirigente político. Mas, a partir do momento em que pensadores, como Amartya Sen, são capazes de apontar que “a intensidade das necessidades econômicas *aumenta* – e não diminui – a urgência das liberdades políticas. Três diferentes considerações conduzem-nos na direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos:

1. Sua importância **direta** para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social);
2. Seu papel **instrumental** de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas);
3. Seu papel **constutivo** na conceituação de ‘necessidades’ (como a compreensão das ‘necessidades econômicas’ em um contexto social).⁵

Assim, não é mais possível negar a ligação direta entre a democracia e o desenvolvimento, o que por si só comprova a necessidade dos atos governamentais serem transparentes, entendendo-se como tal a capacidade do gestor justificar a motivação de sua decisão, bem como indicar quais são os resultados desejados por sua administração. Fica também claro que a desigualdade social encontrada em países como o Brasil torna impossível, ou pelo menos muito difícil, que a administração pública atenda ao interesse geral e, em especial, à política, entendida esta como um meio para se atingirem fins mais elevados, conforme define Hannah Arendt.⁶ De acordo com o pensamento de Arendt a política “é absolutamente necessária à vida. Como o homem não é autossuficiente, mas é dependente de outros para a sua existência, são necessários provimentos que afetam a vida de todos e sem os quais a vida comum seria impossível. A tarefa, a finalidade última, da política é salvaguardar a vida em seu sentido mais amplo”.⁷

Parcerias derivadas de concessões

Uma experiência estrangeira trazida para o Brasil que pode modernizar o Estado foi a Parceria Público-Privada. “Embora sem maiores aprofundamentos sobre a forma como o instituto vem sendo utilizado em outros países e sobre os resultados positivos ou negativos dessa utilização, o direito brasileiro passa a

⁵ SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*; tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 175.

⁶ HANNAH ARENDT nasceu em Hanover, Alemanha, em 1906, fugiu para Paris em 1933 e foi para os Estados Unidos após a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Lecionou em Berkeley, em Princeton, na Universidade de Chicago e na The New School for Social Research. Faleceu em 1975.

⁷ ARENDT, Hannah, *A promessa da política*; tradução de Pedro Jørgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008, p. 169.

adotá-lo, inovando ao prever garantias que o Poder Público poderá prestar aos parceiros privados e aos financiadores dos projetos”.⁸

O Brasil adotou esse modelo de administração, através da Lei nº 11.094, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Seguiu o modelo internacional, introduzido pelo Reino Unido em 1992 através do projeto *Private Finance Initiative*.

A nossa experiência anterior foi com o processo de concessão, que é o modelo mais tradicional de parceria do setor privado com o Poder Público no caso de obra pública, ficando, no entanto, limitada a transferência da responsabilidade pela prestação do serviço ou obra pública à iniciativa privada mediante a celebração de contratos de empreitada. Tal limitação decorre do fato de que todo o investimento para a realização da obra é público, bem como toda a concepção do empreendimento, as suas principais diretrizes, por ser o Poder Público o responsável pela elaboração de todo o projeto básico das contratações.

Assim, no caso de uma empreitada de obra pública, a Lei nº 8.666/1993 exige, para abrir uma licitação, que o Poder público tenha dinheiro em caixa ou pelo menos previsão orçamentária para tanto. É preciso apontar qual o recurso orçamentário existente para arcar com as despesas. A lei obriga ainda que o pagamento dessa obra seja feito no momento da execução; a cada parcela de medição o Poder Público tem um prazo máximo para efetuar o pagamento. Por isso, nos termos da legislação de licitações aplica-se a fórmula simplista de *tem dinheiro, faz a obra; não tem, não faz. Faltou dinheiro, para a obra*.

Por tais razões, a ideia de criação de uma infraestrutura pública usando recursos da iniciativa privada, ou seja, uma parceria voltada para a atuação conjunta entre o Estado e a iniciativa privada não é uma ideia nova no direito brasileiro. Mas, somente a partir da década de 1990, em face da carência de recursos públicos para custeio, exploração, execução e modernização de serviços e obras públicas lucrativas, o instituto da concessão foi redescoberto com a edição da Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o regime de concessão de serviço público para empresas particulares. Nesta esteira foi desenvolvido todo o programa político de privatizações dos serviços antes monopolizados pelo Estado.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, ao estabelecer normas gerais para todos entes da Federação gerou uma profunda mudança no padrão das contratações a partir de uma nova fórmula para a relação entre o Poder Público e a iniciativa privada que passa também a tomar parte nas decisões. O escopo da lei transfere ao concessionário particular todo o risco pelo empreendimento e também a elaboração do projeto de exploração do serviço. É o Estado saindo da função de agente econômico para assumir a função reguladora.⁹

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 158.

⁹ Lei nº 8.987/1995

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas

O art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/95, ***prevê a concessão de serviço precedida de execução de obra pública***, na qual o Poder Concedente, mediante concorrência dividida em fase (pré-qualificação, proposta de metodologia de execução e proposta de tarifa), delega, inicialmente, a construção (total ou parcial), conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de obra pública para pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por conta e risco do concessionário, de forma que o seu investimento seja remunerado e amortizado mediante a exploração da obra pública por prazo determinado. Além da remuneração mediante a exploração do serviço, o concessionário particular pode ainda auferir remuneração mediante a exploração de fontes alternativas de receitas.¹⁰

Note-se que o principal objetivo da administração é a execução da obra pública, o que não descaracteriza, em sua essência, a concessão realizada, permanecendo como de serviço público. Nesse sentido, o concessionário fica primeiro obrigado a construir, conservar, reformar, ampliar ou melhorar determinada obra pública para, em seguida, explorá-la, a fim de obter a amortização de seu investimento. Este modelo de concessão funciona perfeitamente bem desde que seja autossustentável do ponto de vista econômico. A iniciativa privada ao realizar o projeto financeiro deve acreditar que esse investimento é de fato rentável.

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei nº 11.079, com o objetivo de incentivar o investimento privado nas obras de infraestrutura setorial, com a garantia de repartição objetiva dos riscos entre a administração e o parceiro privado, que ocorrerá através do oferecimento de uma contraprestação pecuniária. Isto porque, neste modelo, a remuneração do concessionário não está estritamente vinculada à cobrança de tarifa, podendo vir assumida parcialmente pelo Poder Público.

São duas modalidades de concessão introduzidas pela Lei nº 11.079/2002: a concessão administrativa e a concessão patrocinada. Nesta última, a administração

normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

¹⁰ Lei nº 8.987/1995

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

direta transfere, mediante contrato, a prestação do serviço público para a empresa particular, tal como ocorre na concessão comum, porém esta recupera seu investimento de duas maneiras: mediante a cobrança de tarifas dos usuários e através de uma contraprestação pecuniária da administração. Em outras palavras, o Estado complementa a remuneração da concessionária através de uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado. É muito utilizada nos setores de prestação de serviços ou construção de obras públicas, em que a concessionária não é suficientemente remunerada pelo usuário.¹¹

A contraprestação pecuniária, novidade nas parcerias, consiste no financiamento público do investimento realizado pelo parceiro privado, ***que somente ocorrerá após a prestação do serviço ou a realização da obra pública.*** A administração, portanto, assume a responsabilidade de repartir o risco do investimento com o parceiro privado, porém dentro do limite máximo de 1% de sua receita líquida. Isso ocorre como forma de controlar as despesas públicas, no sentido de evitar qualquer ofensa à lei de responsabilidade fiscal.¹²

¹¹ Lei nº 11.079/2004

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

¹² LEI Nº 12.766, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012 alterou alguns artigos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passando a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.” (NR)

“Art. 6º

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do *caput* do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

§ 3º O valor do aporte de recursos realizado nos termos do § 2º poderá ser excluído da determinação:

I - do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; e

II - da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na proporção em que o custo para a realização de obras e aquisição de bens a que se refere o § 2º deste artigo for realizado, inclusive mediante depreciação ou extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º.” (NR)

“Art. 7º

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.” (NR)

“Art. 10.

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.” (NR)

“Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 9º (VETADO).” (NR)

“Art. 18.

§ 4º O FGP poderá prestar garantia mediante contratação de instrumentos disponíveis em mercado, inclusive para complementação das modalidades previstas no § 1º.

§ 5º O parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de:

I - crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados da data de vencimento; e

II - débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado.

§ 9º O FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público.

§ 10. O FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado.

§ 11. O parceiro público deverá informar o FGP sobre qualquer fatura rejeitada e sobre os motivos da rejeição no prazo de 40 (quarenta) dias contado da data de vencimento.

§ 12. A ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público no prazo de 40 (quarenta) dias contado da data de vencimento implicará aceitação tácita.

§ 13. O agente público que contribuir por ação ou omissão para a aceitação tácita de que trata o § 12 ou que rejeitar fatura sem motivação será responsabilizado pelos danos que causar, em conformidade com a legislação civil, administrativa e penal em vigor.” (NR)

“Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.” (NR)

Por outro lado, como garantia do cumprimento da contraprestação pecuniária, os parceiros privados têm direito ao denominado fundo de garantia, formado por recurso orçamentário, bens da União e títulos da dívida pública ou com o financiamento do BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social ou outra instituição financeira federal. O fundo garantidor é indispensável para atrair os investimentos privados, pois garante que sejam cumpridos os compromissos financeiros do governo para com seus parceiros, reduzindo, assim, os riscos dos investimentos.¹³

Cabe ainda ressaltar que as concessões patrocinadas e concessões administrativas apenas serão utilizadas para contratações acima de R\$ 20 milhões e dentro do prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos, nele incluído o período de prorrogação. Além do mais o risco do empreendimento é dividido com o parceiro público.¹⁴

¹³ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

¹⁴ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à administração pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a administração pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela administração pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

Diante desse texto legal, Di Pietro considera que um objetivo das parcerias público-privadas, “menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a administração pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados como licitação, os concursos públicos para a seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público”.¹⁵

Esta fuga do Direito Administrativo, no entanto, não será total, porque:

1. Em primeiro lugar, porque o próprio contrato de parceria público-privada é de natureza pública e tem que ser precedido de licitação, estando sujeito aos controles da administração pública, inclusive o exercido pelo Tribunal de Contas¹⁶;

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do [art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#);

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da administração pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2005, ob. cit., p. 159.

¹⁶ O Tribunal de Contas da União acompanha as parcerias público-privadas em cinco diferentes estágios do processo de concessão.

No primeiro estágio, são examinados os documentos de viabilidade do empreendimento ou da prestação do serviço sob as óticas jurídicas, orçamentária, econômica, ambiental, de projeto e obras.

O segundo estágio corresponde, basicamente, às ações necessárias para publicação do edital (como realização de consulta pública e aprovação de minutas do edital pelo Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas), bem como análise do edital de licitação e respectiva minuta de contrato.

No terceiro estágio, são examinados os questionamentos dos licitantes, as atas e os relatórios do julgamento da habilitação jurídica e da qualificação técnica e econômico-financeira.

É no quarto estágio que o TCU analisa o julgamento das propostas e o resultado da licitação.

No quinto estágio, por fim, é realizada a verificação do ato de adjudicação e da assinatura do contrato de concessão.

O TCU analisou o processo de licitação e contratação de parceria público-privada do projeto de irrigação Pontal, na cidade de Petrolina/PE, no Rio São Francisco (TC 009.724/2008-7). Nesse processo, por meio do Acórdão 3.079/2010-Plenário, o Tribunal alertou o Ministério da Integração Nacional e o coordenador do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – representado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – que há necessidade de revisão do estudo de viabilidade, particularmente no tocante à atualidade das premissas financeiras, e de envio dos novos resultados ao TCU sempre que a demora na realização de

2. Em segundo lugar, porque, da mesma forma que ocorre na concessão de serviço público tradicional, o regime jurídico a que se submete o parceiro privado é híbrido, porque, se é verdade que a empresa atua sob o regime das empresas privadas, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre a responsabilidade do parceiro privado, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo parceiro público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao parceiro privado e tantos outros já analisados com relação à concessão de serviço público;

3. Em terceiro lugar, porque, na medida em que o parceiro privado se sujeita à regulação feita por entes administrativos (as chamadas agências reguladoras), as normas assim postas compõem um direito administrativo de natureza talvez um pouco diversa (pela origem do órgão de que emanam) e que imprimem menos segurança jurídica (porque não sujeitas a qualquer processo de elaboração normativa, seja para sua formulação, seja para sua alteração e revogação) e com a desvantagem de serem baixadas sem a observância do princípio democrático presente no processo previsto constitucionalmente para o Poder Legislativo.¹⁷

Um novo gerenciamento público

A crise financeira de 2008 traz em seu bojo um aspecto construtivo porque demonstra que é necessário o fortalecimento das instituições estatais, reformando-as para adaptá-las à nova realidade mundial e possibilitar a participação de diversos segmentos da sociedade. Por isso, antes de tudo, torna-se vital vencer-se a dicotomia existente entre o público e o privado, para que todos unidos vençam a crise. Este é o conselho dado por Mireille Delmas-Marty, que afirma:

“Si les crises sont révélatrices, elles ne sont pas pour autant transformatrices. Pour qu’elles le deviennent, il faut y puiser l’énergie qui permet le renouvellement et inspire l’innovation. Afin que l’Europe trouve un nouvel essor, que l’ONU sorte doute nécessaire d’instituer les pouvoirs publics. Ou plutôt de les réinstituer car, pour les rendre opératoires, il ne s’agit pas seulement de reprendre, en la transposant du niveau national au niveau international, la distinction entre l’exécutif, le législatif et le judiciaire. Une transformation plus radicale est sans doute nécessaire pour dépasser l’opposition public/privé et mettre en relation les divers acteurs.”¹⁸

licitação e contratação de parceria público-privada superar 18 meses desde a realização dos estudos ou da avaliação anterior.

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Parceria_P%C3%BAblico_Privada_Portal_web.pdf

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2005, ob. cit., pp. 159-160.

¹⁸ DELMAS-MARTY, Mireille, *La Refondation des Pouvoirs*. Paris: Éditions du Seuil, 2007,

A expressão ‘*divers acteurs*’, utilizada por Mireille Delmas-Marty, é bastante reveladora porque demonstra não bastar para sair da crise a utilização apenas dos atores institucionais (*pouvoirs institués*), por ser necessária promoção do incremento de suas relações com outros atores: de uma parte os atores econômicos e cívicos ou civis (*relation pouvoirs/vouloirs*), doutra parte os atores científicos (*relations pouvoirs/savoirs*). Mireille, como membro do **Comité consultatif national d’éthique** (CCNE), ou mais exatamente, o **Comité consultatif national d’éthique pour les sciences de la vie et de la santé**, comenta ainda que:

“Relier pouvoirs, vouloir et savoirs appelle donc une triple démarche. Il faut sans doute commencer par réinstituer les pouvoirs. La refondation des pouvoirs institués (exécutif, législatif et judiciaire) appelle en effet de nouvelles articulations entre compétences internationales et nationales.”¹⁹

Além do mais, são vitais também para o vencimento da crise o fortalecimento das instituições e a participação do Estado na formulação das políticas públicas. Quanto à primeira situação, John Williamson, economista considerado “pai” do Consenso de Washington, admitiu, ao analisar as crises latino-americanas do final do século XX, que o principal ponto do desenvolvimento naquela época “foi o reconhecimento do papel crucial das instituições, permitindo que a economia funcionasse eficazmente. A importância de reformas institucionais complementando as reformas de primeira geração na América Latina foi enfatizada primeiro por Naím (1994), o qual as denominou ‘reformas de segunda geração’. Um trabalho recente de Levine e Easterly (2002) conclui que o estado de desenvolvimento institucional fornece a *única* variável que possibilita apontar com certeza o grau de desenvolvimento de um país”.²⁰

Quanto à necessidade da participação governamental, enfatiza Joseph Eugene Stiglitz que, como presidente do Conselho de Consultores Econômicos de Bill Clinton, tentou “criar uma política e uma filosofia econômica que enxergassem o relacionamento entre governo e mercados como complementares, ambos atuando em parceria, e que reconhecessem que, embora os mercados estivessem no centro da economia, havia um papel essencial, ainda que limitado, a ser desempenhado pelo governo”.²¹

O desempenho do governo é considerado essencial a qualquer reforma voltada para o crescimento econômico, devendo basear-se numa “administração

p. 30-31.

¹⁹ IDEM, p. 33.

²⁰ WILLIAMSON, John. Uma agenda de trabalho para retomar o crescimento e as reformas, in: *Depois do Consenso de Washington – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina*, Pedro-Pablo Kuczynski e John Williamson, organizadores, tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira, revisão de Lígia Maria de Vasconcellos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 10.

²¹ STIGLITZ, Joseph E., *A globalização e seus malefícios – a promessa não cumprida de benefícios globais*, 4. ed., tradução Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Editora Futura, 2003, p. 15.

pública eficiente, aberta e competente. Sem ela, as reformas de mercado não podem funcionar corretamente. A maioria dos países latino-americanos, grandes e pequenos, ainda tem um longo caminho a percorrer na criação de instituições modernas de administração pública. O ingresso no serviço público, em grande parte, ainda não é organizado numa base competitiva. Uma vez que a interferência política nas decisões administrativas é antes a regra do que exceção, os jovens talentosos são desencorajados de ingressar na administração pública, com exceção de algumas agências semi-independentes, como os bancos centrais e, em certos casos, ministérios da área econômica e serviço diplomático. Setores cruciais – como a administração de educação, assistência à saúde e infraestrutura pública – sofrem interferência política, falta de um plano de carreira para funcionários públicos e salário substancialmente inferior ao de cargos comparáveis do setor privado. O resultado às vezes é uma atitude de confronto em relação ao setor privado – e às vezes a corrupção e a incompetência”.²²

Além do mais, “reduzir o governo não é o mesmo que extinguir o seu papel na economia. De fato, assim que o Estado se retira da produção de bens e serviços e deixa de controlar e administrar a economia, o setor público requer um Estado ‘mais inteligente’ com um quadro mais competente (se for menor) de servidores públicos, resistentes à pressão de *lobbies* e cientes das sutilezas e dificuldades de elementos encorajadores, tais como concorrência, transparência, valor adicionado e equidade. A denominada segunda geração de reformas volta-se para a construção de instituições que permitem ao Estado realizar eficazmente as tarefas nas quais possui claramente uma vantagem sobre os atores descentralizados”.²³

Há, portanto, o reconhecimento geral da necessidade de “*réinstituer les pouvoirs*”, nas palavras de Mireille Delmas-Marty, fortalecendo as instituições com medidas democráticas, incluindo no processo decisório a sociedade civil e as entidades científicas, com o objetivo de incrementar o crescimento econômico e vencer a batalha contra os especuladores, apátridas e amoraís, que provocam as crises em decorrência do abuso de investimentos em “*bolhas*” nas Bolsas de Valores, ou da concessão de empréstimos de alto risco, como os denominados *subprimes*.

Deve-se ainda observar que a “melhoria administrativa, como tantos outros tópicos de desenvolvimento, significa projetos, requer pessoal qualificado e oferece oportunidades de carreira, tanto dentro quanto fora de agências e fronteiras nacionais. É um tema que interessa às pessoas, gerando discussão e debate [...] Entender a administração pública como inserida nas experiências práticas

²² KUCZYNSKY, Pedro-Pablo. Reformando o Estado, in: *Depois do Consenso de Washington – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina*. Pedro-Pablo Kuczynski e John Williamson, organizadores, tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira, revisão de Lígia Maria de Vasconcellos, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 29.

²³ WOLFF, Laurence e CASTRO, Cláudio de Moura. Educação e treinamento: a tarefa à frente in: *Depois do Consenso de Washington – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina*, Pedro-Pablo Kuczynski e John Williamson, organizadores, tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira, revisão de Lígia Maria de Vasconcellos, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 172.

do cotidiano, como parte integrante – e não como algo independente – das contradições do desenvolvimento, pode fornecer um ponto de partida alternativo para a questão da reforma e para o tema da ‘reforma’ em si. Certamente, o passado ainda tem muito a ensinar ao futuro a esse respeito”.²⁴

E, no Brasil, o passado nos ensina que “as políticas de reforma tendem a ser descontinuadas, modificadas, terminadas ou abandonadas”. Flávio da Cunha Rezende, em sua reflexão sobre as reformas administrativas, centraliza sua pesquisa no MARE – Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado, extinto em 1998, depois de ter apresentado o Projeto de Reforma de Gestão, no ano de 1995. Assim, após constatar toda a fragmentação do projeto, Rezende apresentou as recomendações de política pública e as generalizações mais importantes que se podem extrair do caso:

“1. As organizações que implementem reformas devem prestar atenção redobrada à questão da diversidade das agências e de seus problemas específicos de performance; devem evitar a transformação sem diagnóstico aprofundado; é preciso ‘engajar’ as agências no processo de reformas, criando instituições de participação, como os laboratórios de reinvenção da reforma *Clinton*, nos EUA;

2. As reformas devem ser dissociadas ao máximo das perdas orçamentárias ou da questão da extinção de organizações; as chances de sucesso na implementação das reformas orientadas pela performance parecem ser maiores quando estas políticas incorporam a participação dos atores estratégicos, criando incentivos para a ‘cooperação’ das agências, especialmente para o difícil problema da mudança institucional;

3. Atenção máxima deve ser dada à questão de como uma determinada política de reforma articula a tensão estrutural entre mudança institucional e ajuste fiscal; o ingrediente-chave para estimular a cooperação simultânea com os dois objetivos é associar performance com mudança institucional, mostrando no discurso da reforma que a raiz do problema está nas instituições, no modo como afetam a performance, e que a questão fiscal é apenas parte do problema.”²⁵

O objetivo do “*Projeto Cidadão*” criado pelo MARE era aperfeiçoar as relações entre os órgãos da administração pública e os cidadãos, sendo apontadas as seguintes áreas de atuação:²⁶

²⁴ SPINK, Peter. Possibilidades técnicas e imperativos políticos em 70 anos de reforma administrativa in: *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Organizadores Luiz Carlos Bresser-Pereira e Peter Spink. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2005, pp. 166-168.

²⁵ REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 116-117.

²⁶ MORAES, Antonio Carlos Flores de, *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 136.

1. Simplificação das obrigações de natureza burocrática instituídas pelo aparelho do Estado, com que se defronta o cidadão do nascimento à sua morte.
2. Implementação de sistema de recebimento de reclamações e sugestões do cidadão sobre a qualidade e a eficácia dos serviços públicos que demandam uma resposta proativa da administração pública a respeito.
3. Implementação de sistema de informação ao cidadão a respeito do funcionamento e acesso aos serviços públicos, e quaisquer outros esclarecimentos porventura solicitados.
4. O projeto tem como objetivo de espera do cidadão para ser atendido; as filas são a praga do atendimento público ao cidadão.

Este “*Projeto Cidadão*” realizou, também, a importância estatal na elaboração e aplicação das políticas públicas, razão pela qual seria “necessário reconstruir o Estado, de forma que ele não apenas garanta a propriedade e os contratos, mas também exerça seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais. Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil”.

Para reconstruir o Estado nacional, foram aprovadas diversas Emendas Constitucionais para que fosse dado o arcabouço jurídico necessário. Assim, foi criado, em 1998, o *Contrato de Gestão*,²⁷ estabelecidos os valores máximos dos *vencimentos dos servidores públicos*,²⁸ bem como ampliado o prazo para *adquirir*

²⁷ Contrato de Gestão – Emenda nº 19 de 1998 :

Art. 37-

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

²⁸ O caput do **art. 39**, alterado pela **EC 19/1998**, teve aplicação suspensa pela ADIN nº 2.135-4, que manteve a redação original . Os parágrafos 1º, 2º e 3º reformados têm a seguinte redação:

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o

o direito à estabilidade de dois para três anos.²⁹ A Emenda nº 19 também tratou da exploração direta da atividade econômica pelo Estado,³⁰ sendo que a redação original de 1988 do art. 174 já previa um Estado regulador da atividade econômica e fortalecia a atividade de planejamento.³¹

aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

²⁹ A **Emenda nº 19** também ampliou o prazo para adquirir direito à estabilidade de dois para três anos, dando nova redação ao **art. 41**:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

³⁰ A Emenda nº 19 deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 173, que prevê “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Esta lei, entre outras coisas, agora deverá estabelecer uma avaliação de desempenho dos administradores:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

³¹ O art. 174 na redação original de 1988 já previa um Estado regulador da atividade econômica e fortalecia a atividade de planejamento:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em

Quanto ao regime de concessão ou permissão de uso, acerca de 16 anos antes que viesse a ser normativa a Parceria Público-privada.³² Em 1995, a Emenda Constitucional nº 6 deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 176, permitindo que fosse concedida autorização ou concessão à empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, para pesquisar ou efetuar a lavra de recursos minerais.³³

O art. 177, que estabelece quais são os monopólios da União sofreu diversas alterações.³⁴ A filosofia original da Constituição foi alterada completamente pela

conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

³² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

³³ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

³⁴ A) Em 1995, a Emenda nº 9 deu nova redação ao parágrafo 1º, incluiu o parágrafo 2º e reenumerou o antigo 2º para parágrafo 3º do art. 177, permitindo a contratação de empresas estatais ou privadas para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural de qualquer origem:

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

Em 2001, a Emenda nº 33 incluiu o parágrafo 4º e seus incisos, prevendo a instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

Emenda nº 7, de 1995, deixando de ser nacionalista a ordenação dos transportes.³⁵ Também houve alterações nas redações originais dos art. 179, 180 e 181 que estabeleciam um tratamento jurídico diferenciado para as microempresas, bem como um incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, além da necessidade de autorização do poder competente para o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira.³⁶

Em 2007, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 92/2007³⁷, regulamentando o inciso XIX do art. 37 da

II - os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Em 2006, a Emenda nº 49 estabeleceu que diversas atividades poderiam ter a sua exploração e comercialização autorizadas mediante permissão:

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. **[Art. 21. Compete à União:]**

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

³⁵ Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

³⁶ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

³⁷ Até hoje não foi aprovado pelo Congresso Nacional, tendo sido apresentado a Plenário em 24/04/2013, mas não foi apreciado em face do encerramento da Sessão.

Constituição Federal³⁸, estabelecendo que, mediante lei específica, poderá ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas:

1. Saúde;
2. Assistência social;
3. Cultura;
4. Desporto;
5. Ciência e tecnologia;
6. Meio ambiente;
7. Previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição;³⁹
8. Comunicação social; e
9. Promoção do turismo nacional.

Nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º, se acha compreendido na área de saúde os hospitais universitários federais, cuja instituição na forma de fundação de direito privado dependerá de aprovação do respectivo conselho universitário. Este modelo segue a experiência portuguesa que tem reorganizado os hospitais do Sistema Nacional de Saúde, com vista à eficiência de gestão e qualidade de serviço, transformando-os progressivamente em Entidades Públicas Empresariais (EPE) e criando novos centros hospitalares sempre que tal significa melhores sinergias e trabalho em rede, com mais qualidade e segurança para as populações.

Quanto à figura jurídica da fundação de direito privado, há uma enorme vacilação conceitual e terminológica da legislação brasileira:

1. Fundação – art. 37, XVII, XIX; art. 39, § 7º, art. 40, *caput*, art. 163, II, art. 167, VIII, art. 202, §§ 3º e 4º da CF e art. 8º e 61, dos ADCT;
2. Fundação pública – art. 39, *caput* (original);

³⁸ Art. 37 -

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

³⁹ Art. 40

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

3. Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público – art. 71, II e III; art. 150, § 2º; art. 157, I; art. 158, I; art. 165, § 5º, II e III; art. 169, § 1º, da CF e art. 18; 35, § 1º, V e 61, dos ADCT;
4. Fundações sob controle estatal – art. 163, II, da CF e art. 8º, § 5º, dos ADCT.

Quanto à sua natureza jurídica, conforme opina Paulo Modesto, “se a fundação estatal é de direito privado, predominam, no seu funcionamento, normas de direito privado, em sintonia também com diversas normas constitucionais antes referidas (art. 37, XIX; 167, VIII; 61, ADCT), porém com diversas derrogações de direito público”.⁴⁰

Paulo Modesto enfatiza quais são as regras derogadas do Direito Civil e as normas aplicáveis às Fundações de Direito Privado:

1. Não aplicação das regras do Direito Civil sobre as áreas em que as fundações privadas podem atuar (CC, art. 62, parágrafo único) em face da existência de previsão constitucional específica (CR, art. 37, XIX);
2. Extinção somente autorizada por lei, o que excepciona a regra do art. 69 do Código Civil;
3. Aplicação aos seus servidores de diversas regras gerais dos servidores públicos, inclusive efetivos, como o teto constitucional de remuneração, analogia também empregada para fins criminais (art. 327, CP) e para fins de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92);
4. Sujeição dos seus dirigentes ao mandado de segurança quando exerçam funções delegadas, no que dizem respeito a essas funções (art. 1º, § 1º, Lei 4.717/65);
5. Cumprimento, em matéria de finanças públicas, das exigências dos art. 52, VII, 169, 165 §§ 5º e 9º, da CF.

Em seguida, Modesto identifica as normas comuns aos dois tipos de fundações (pública e privada):

1. Imunidade tributária do art. 150, § 2º da CF;
2. Vedação de acumulação de cargos e empregos públicos (art. 37, XVII);
3. Obrigatoriedade de licitação (art. 22, XXVII) e de concurso público (art. 37, II);
4. Controle do Tribunal de Contas (art. 71, II e IV);
5. Controle do Ministério Público em termos gerais (ações civis públicas, ações de improbidade, etc.), entre outros.⁴¹

⁴⁰ MODESTO, Paulo, *As Fundações Estatais de Direito Privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública* in *Revista Gestão Pública e Controle* – Revista do Tribunal de Contas do Estado da Bahia em Associação com o Instituto de Direito Administrativo da Bahia, v. 2, n. 4. Salvador: TCE Bahia, 2008, p. 26.

⁴¹ IDEM, pp. 26-27.

Alexandre Santos de Aragão comenta que o simples fato de a fundação ser de Direito Privado não é suficiente para uma administração gerencial. Caso seja “combinada a personalidade jurídica de Direito Privado e a estruturação de contratos de gestão, podemos estar mais próximos de alcançar uma administração mais eficiente das Fundações do Estado, sempre observados, também, logicamente, os demais princípios enumerados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal”.⁴²

Constata-se assim que, do ponto de vista jurídico, o Brasil está preparado para ingressar na era do Estado Gestor, ou seja, aquele que regula as atividades econômicas e adota o princípio da subsidiariedade.⁴³ Resta saber se temos equipes capazes e comprometidas com a democracia para efetuar uma verdadeira reforma do Estado.

Comenta Prats I Catalá que “cada país tem seu próprio sistema institucional, que, em grande medida, determina o sistema de incentivos da interação econômica, política ou social e, pela mesma razão, o potencial nacional de eficiência econômica e de equidade. A eficiência e a equidade das interações humanas dependem não só das instituições, mas também das organizações. A interação humana não é moldada apenas pelas regras do jogo, mas também pelas equipes e organizações constituídas para o jogo. O traço mais característico das instituições é que não têm fins específicos; sua função é facilitar a interação humana”.⁴⁴

Assim, deve-se observar que não bastam cérebros para tornar a administração pública eficiente, sendo necessário o implemento de uma prática gerencial específica

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de Fundações Públicas de Direito Privado in: *Revista de Direito Administrativo* – janeiro/abril 2008 – Volume 247. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 37.

⁴³ Em dezembro de 1992, o **Conselho Europeu de Edimburgo** definiu como deveria ser aplicado o **PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**, incluindo os princípios fundamentais, as diretrizes básicas e os procedimentos. Assim, o *Protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade* atribuiu eficácia jurídica a tais questões, sendo reconhecido pelo artigo I-11 do Tratado da Constituição Europeia:

Artículo I-11 Principios fundamentales

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del *principio de subsidiariedad*, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el *principio de subsidiariedad* de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del *principio de proporcionalidad*, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución.

Las instituciones aplicarán el *principio de proporcionalidad* de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

⁴⁴ PRATS I CATALÁ, Joan, 2007, ob. cit., p. 283.

do serviço público. Comentam Serge Alecian e Dominique Foucher que “o serviço público está repleto de cérebros, mas vê-se ao mesmo tempo sua antiga reputação de excelência sendo cada vez mais contestada. Consciente dessa situação paradoxal, a função pública francesa adotou, depois de uma dezena de anos, primeiro de forma lenta e depois mais rapidamente, uma série de medidas diferentes e variadas, para ser de novo uma das melhores do mundo. Em um primeiro momento, o serviço público obteve uma adaptação parcial, ainda que insuficiente, das regras que o regem. Depois modernizou seus equipamentos e instrumentos de trabalho, desenvolvendo sobretudo a informática entre seus serviços. Mas os efeitos dessas ações permaneceram limitados. Uma conclusão se impôs então: essas ações não poderiam render todos os seus frutos, a não ser que fossem acompanhadas de um esforço simultâneo em matéria de gerenciamento. Desse modo, assistimos nos dias de hoje a um florescimento de experiências que se traduzem na emergência de uma prática gerencial específica do serviço público. Mas muitos funcionários ainda permanecem hostis, ou desmotivados, diante das exigências dos novos modos de gerenciamento”.⁴⁵

Estas novas experiências poderão propiciar a criação do “*Estado Gerencial*”, que proporcionará uma mudança completa na administração dos gastos com o pessoal, por ter como finalidade a eficiência dos atos governamentais, cujo objetivo é melhorar o atendimento à população. A consequência de tais objetivos será a adoção de um quadro de servidores públicos com um número necessário para propiciar à sociedade um bom serviço e um bom atendimento nas áreas de saúde, de educação, de segurança pública, enfim ser prestado um serviço público eficiente e respeitador dos direitos fundamentais da cidadania.

Sob este ponto de vista da excelência nos gastos com pessoal, o seu controle mudará de enfoque, porque o objetivo será verificar se os resultados dos atos de gestão foram atingidos, ao invés de fazer uma simples análise numérica acerca do cumprimento das normas que regem a boa administração, cuja preocupação exclusiva é o grau de comprometimento da receita corrente líquida. População satisfeita traduz o resultado de uma administração que gasta bem o dinheiro oriundo do pagamento dos impostos, taxas e contribuições por parte desta mesma população. A sociedade também estará satisfeita quando puder participar dos atos de gestão, em decorrência do respeito ao direito fundamental de uma boa administração pública.

Esta satisfação da sociedade decorrerá do fato de se presumir sempre que “toda ação, seja pública ou privada, deve ser *eficiente*, de outro modo não atingirá o resultado que dela se espera. Mas este logro de resultados, que até certo ponto possa ser meramente *dispositivo* na gestão privada de interesses, é rigorosamente *mandatório*, quando referido à gestão de interesses públicos pelo Estado”.⁴⁶

⁴⁵ ALECIAN, Serge; FOUCHER, Dominique. *Guia de gerenciamento no setor público*. Rio de Janeiro: REVAN; Brasília: ENAP, 2001, p. 15.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 126.

Diogo de Figueiredo comenta, ainda, que “em razão dessa distinção, a *eficiência* na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada, como de fato o é (art. 37, CF), mas ser interpretada como um *mandamento constitucional inafastável*, de modo que o *devido processo legal*, por meio do qual se realiza a gestão pública, a aparelhe com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos, verificações etc.) necessários para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, *até a efetiva realização dos resultados*”.⁴⁷

Direito ao bom e transparente governo

Raffaele Resta opina que “boa administração exprime um conceito final: é a atividade administrativa perfeitamente adequada no tempo e nos meios ao fim específico a alcançar”.⁴⁸ Assim, a “*boa administração*” é um imperativo moral do administrador público, “cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude”.⁴⁹

A boa administração, o bom governo, tem um compromisso com a realidade, pois somente a partir dela se pode melhorar o presente para construir o futuro. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz comenta que “lo que llamamos el sentido de la realidad, la capacidad para distinguir lo bueno, lo malo, lo mejor, lo peor, lo pésimo y lo óptimo; el sentido práctico y la imaginación para abordar con decisión y con prudencia los problemas convenientemente priorizados; el equilibrio para que las soluciones no sean unidireccionales y tomen en cuenta a todos los sectores sociales, sin exclusión; la moderación, consecuencia lógica de todo lo anterior, que lleva de la mano a desechar cualquier solución que se presente con pretensiones de globalidad y con etiqueta de definitiva; todo ello se puede denominar reformismo que, aplicado al gobierno y la administración, nos ayuda a entender una determinada versión de lo que puede ser el buen gobierno, la buena administración que, por supuesto, sólo faltaría, no puede tener aspiraciones de configuración única y universal, sino que se presenta como una aproximación al buen gobierno, a la buena administración desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario”.⁵⁰

Estes pensamentos já demonstravam por si só a relação entre o *bom governo* e a *boa administração* com o princípio da moralidade administrativa. Neste aspecto, deve-se sempre observar o resultado da política pública adotada pela administração, desvinculando-se da “*intenção* de produzi-lo, pois se está diante de um conceito orientado pela finalidade. Não se quer julgar, aqui, a atitude de um agente administrativo, mas a sua conduta. A atitude não conduz a um bom

⁴⁷ IBIDEM.

⁴⁸ RESTA, Raffaele. *L'onere di buona amministrazione*” In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 72.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2000, ob. cit., p. 72.

⁵⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Buen Gobierno y La Buena Administración de Instituciones Públicas*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 31.

resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da pública administração; mas a conduta, sim, produz resultados sadios ou viciados em termos de moralidade administrativa”.⁵¹

Esta questão da conduta da administração e dos servidores que a exercem é essencial para que o resultado obtido pela política pública não seja viciado, como a própria Organização das Nações Unidas apresentou na **Declaração do Milênio**, aprovada na *Cimeira do Milênio*, realizada de 6 a 8 de setembro de 2000, em Nova Iorque, refletindo as preocupações de 147 (cento e quarenta e sete) Chefes de Estado e de 191 (cento e noventa e um) países, que participaram da maior reunião de dirigentes mundiais.

Sobre esse documento, Rodríguez-Arana Muñoz comenta que “la ONU es consciente de que un requisito básico para poder cumplir los objetivos del milenio, reside ‘en un funcionariado con una ética sólida’. Sobre todo, porque el manejo no ético de los asuntos públicos produce una reducción directa y muy relevante de los propios fondos necesarios para el logro de los objetivos del milenio. Los supuestos de malversación, de apropiación indebida o la existencia de continuos conflictos de interés ponen en cuestión el Estado de Derecho, expulsa a la iniciativa privada y, lo que es más grave, atenta contra la misma democracia”.⁵²

No caso brasileiro, a importância do servidor público na *boa administração* foi claramente reconhecida na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, quando descreve 12 condutas ilícitas no art. 9º⁵³ que tenham como finalidade “qualquer tipo

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2000, ob. cit., p. 59.

⁵² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2006, ob. cit., p. 161.

⁵³ Lei nº 8.429/1992

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual”.⁵⁴ O art. 10 da citada Lei de Improbidade prevê outras condutas ilícitas.⁵⁵

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de Combate à corrupção – breve comentários à Lei de Improbidade Administrativa In: *O regime democrático e a questão da corrupção pública*. Coordenadores: Fernando Aurélio Zilveti – Sílvia Lopes. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 159.

⁵⁵ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

O servidor público tem, como forma substancial de sua atividade, “o dever de *boa administração*, a prática da probidade administrativa, derivada do interesse público e o código de ética da relação jurídica entre o servidor público e a administração, visando à razoabilidade, à impessoalidade e à eficiência no desempenho dos cargos ou funções públicas”.⁵⁶

A má conduta do servidor caracteriza a corrupção, que “puede contemplarse como un sistema de una mala administración y una mala gestión, pero su efecto más nocivo consiste en hacer atractivo y muy rentable, poner el interés privado por encima del público. Por ello, siguiendo las recomendaciones del OCDE en materia de ética pública, se aconseja establecer una ‘infraestructura ética que no sólo premie la buena conducta sino que sancione administrativamente la mala conducta y castigue los actos de corrupción mediante acciones civiles y penales’”.⁵⁷

Esta recomendação da OCDE, a ser observada, baseia-se no fato de que “la moral, la formación moral, el fomento de las buenas costumbres constituirá una de las finalidades a las que debe dirigirse la actuación administrativa, en sus diversas manifestaciones. Siendo esto así, no es concebible una contravención de ellas en el ejercicio de cualquier potestad administrativa”.⁵⁸

Assim, no exercício do poder administrativo há de ser observado que “não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos, será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente. Para que o ato praticado em consonância com a lei esteja em conformidade com a moralidade administrativa, é imprescindível que haja uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada”.⁵⁹

Neste aspecto da moralidade é fundamental a transparência dos atos adotados pela administração, por possibilitar um melhor controle dos princípios jurídicos constitucionais e de proteção dos administrados. “Por isso, mais adequado afirmar a pluralidade de funções do princípio da transparência administrativa: democracia, ética, legitimidade, juridicização, conhecimento público, crítica,

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

⁵⁶ VASCONCELOS, Caio Tácito. Improbidade administrativa como forma de corrupção In: *O regime democrático e a questão da corrupção pública*. Coordenadores: Fernando Aurélio Zilveti – Sílvia Lopes. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 159.

⁵⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2006, ob. cit., p. 161-162.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 156.

⁵⁹ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade e segurança jurídica”.⁶⁰

O que o *princípio da transparência* colima é “a preservação da visibilidade e do caráter público da gestão dos negócios públicos e a atribuição de legitimidade material à administração pública (além de juridicização, ética, conhecimento público, crítica, validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade, segurança jurídica), sendo instrumental de suas finalidades os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular. Seu reconhecimento proporciona a reformulação das relações entre administração pública e administrados e é sinal de ruptura com o seu tradicional modelo autoritário, hermético, isolado, unilateral, reservado e sigiloso”.⁶¹

⁶⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁶¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, 2004, ob. cit., p. 35.